



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Roy Pérez, Cristina. La acción directa. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 2114-2131. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/20964>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia
Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0
España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LA ACCIÓN DIRECTA

CRISTINA ROY PÉREZ*

Resumen

La introducción de la acción directa España supuso la consagración de la necesidad de proteger la indemnidad de la víctima, mediante el reconocimiento de un derecho propio a exigir la prestación comprometida por el asegurador frente al asegurado. Sin embargo, la gestación legislativa del art.76 de la LCS daría como resultado un precepto confuso y no exento de crítica, cuya reforma no sólo es necesaria, sino también deseable para no llegar a enturbiar el futuro del propio seguro de responsabilidad civil. La propuesta del art. 582-47 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil se vislumbra como el esperado retorno a lo que había sido la verdadera voluntad del legislador, reconocer la acción directa sí, pero dentro de los márgenes configurados por el contrato de seguro y por el hecho dañoso del que trae causa.

Contenido

1. El reconocimiento de la acción directa en el ordenamiento español. – 2. La acción directa configurada por la LCS: ¿una acción inmune? – 3. El Anteproyecto de Mayo de 2014: ¿una nueva acción directa?

1. EL RECONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN DIRECTA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Habiendo transcurrido más de tres décadas desde la adopción en España de la acción directa, realizar una interpretación novedosa de esta institución, a efectos de valorar su posible reforma, resultaría una auténtica hazaña, pues basta un repaso a la principales aportaciones doctrinales sobre el art.76 de la LCS para avanzar que debemos estar, casi sin duda, ante uno de los artículos más analizados, cuestionados y criticados de dicha ley¹, que ha merecido al mismo tiempo las mejores alabanzas y las más feroces críticas,

* Profesora TEU interina. Universidad de Barcelona.

¹Así SANCHEZ CALERO para quien su redacción es confusa o poco acertada. SANCHEZ CALERO, F., *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Thomson/Aranzadi, 3ª ed., Pamplona, 2005, p. 1389, o VEIGA quien lo califica de paradigma de confusión y abigarramiento técnico. VEIGA COPO, A., *La acción directa del tercero perjudicado en los seguros de responsabilidad civil*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2013, p. 17. Mas lejos llega CALZADA quien cuestiona su adopción en este seguro por ser contrario a su naturaleza y así: “la acción directa está destinada a supuestos de hecho distintos del seguro de responsabilidad civil y por ello resulta técnicamente inadecuada su aplicación al mismo”, del mismo modo “la consagración de la acción directa, si bien es una solución equitativa al problema planteado por la necesidad de protección del tercero dañado, es contraria a la naturaleza del seguro de responsabilidad civil, y en consecuencia,

no tanto por su contenido, ejemplo de un progresismo desconocido en otros ordenamientos², cuanto por su técnica legislativa, que le ha dado a la postre fama por su redacción errática y confusa, lo que per se, puede aventurar el lector, ya merece por sí mismo una reforma, ¿pero es acaso la proyectada con la futura Ley del Código Mercantil la necesaria?

Para evaluar si el art. 582-47 del Anteproyecto de mayo de 2014 es o no la enmienda que el art.76 de la LCS precisa, resulta obligado iniciar el camino desde el principio, a fin entender las razones de política legislativa que llevaron a la introducción de la acción directa en España, por cuanto la historia de nuestra protagonista, no es sino el reflejo de la evolución del propio derecho de la responsabilidad civil, ya que sin aquélla, probablemente no entenderíamos su aseguramiento como hoy lo hacemos.

En sus inicios, el régimen tradicional de imputación de la responsabilidad civil basado en la culpa, difícilmente encajaba con la institución del seguro, ya que tanto la aleatoriedad e incertidumbre que exige el riesgo, como el respeto a la moral y el orden público³, impedían el aseguramiento de las conductas culpables. Sería el creciente interés por mejorar la protección de la víctima de un daño, y el abandono de la culpa aquiliana en favor de criterios objetivos, lo que permitiría el desarrollo del seguro de responsabilidad civil.

Ahora bien, el hecho de que existiera un seguro, aunque fuera de carácter obligatorio, no iba a constituir una garantía de cobro para el tercero más allá de la solvencia del asegurado, pues su reclamación en todo caso debía ser atendida por éste quien, tras el pago, se resarciría del daño sufrido en su patrimonio con el asegurador, por ser esa pérdida precisamente el riesgo que se amparaba con el contrato de seguro. De este modo, no existía medio⁴ alguno de articular algún tipo de relación entre el tercero y el asegurador que implicara conceder a la víctima el beneficio de contar con un deudor más solvente que el causante del daño, más allá del recurso a remedios alternativos en el ámbito del derecho contractual, como serían la acción de enriquecimiento injusto o la acción subrogatoria, cuyas limitaciones dificultaban su efectiva indemnidad⁵.

Ahora bien, la situación cambiaría con el convencimiento de que la función del seguro de responsabilidad civil tenía que orientarse más hacia la prevención de daño

sólo posible por obra del legislador". CALZADA CONDE, M.A. *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1983, p. 381 y p. 261.

² GARRIGUES, J., *El contrato de seguro terrestre*, 2ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1982, p. 389. HILL PRADOS, M.C., "Reflexiones en torno a la acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil", en VV.AA., *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 1729-1758.

³ SOTO NIETO, F., "El seguro de responsabilidad civil general y el dolo. Solución a un tema conflictivo", *RES*, nº 92, 1997, pp. 19-50.

⁴ Y ello porque la aplicación del principio de relatividad de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad impedían extender sus efectos más allá de las partes contratantes, de ahí que deba afirmarse que la acción directa es una excepción a estos principios por reconocimiento legal. BAILLO Y MORALES-ARCE, P., *La acción directa en el seguro obligatorio de responsabilidad civil automovilística*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, pp.23-25.

⁵ SÁNCHEZ CALERO "Ley de Contrato ..", *op. cit.*, p. 1391.

que hacia su reparación⁶, por lo resultaba preciso encontrar algún mecanismo que garantizase que la indemnización que abonaría el asegurador se dirigiría efectivamente al resarcimiento del tercero, máxime cuando el riesgo que éste asumía por contrato, no era tanto el daño derivado de la reclamación al patrimonio del asegurado, como la propia reclamación del tercero⁷.

En esa tesitura, si bien fueron varias las opciones legislativas⁸, sin duda la más eficiente⁹ sería la llamada “acción directa”, conocida en el ámbito de los seguros obligatorios, y que constituía un claro reflejo de que la cuestión del resarcimiento de la víctima de un daño, dejaba de ser una preocupación exclusiva del derecho de la responsabilidad civil, para serlo también del seguro que hasta entonces, centrado en la indemnidad de patrimonio del asegurado, no ofrecía cabida a la relación entre asegurador y tercero, más allá de su consideración a efectos de condición necesaria para activar la eficacia del contrato¹⁰.

Esa sería precisamente la elección del legislador español, quien introdujo la acción directa en nuestro ordenamiento, primero con la LRCSCVM de 1962¹¹, y

⁶ Con lo que si la función preventiva del seguro de responsabilidad civil se cumplía indemnizando al tercero, resultaba obvio que otorgarle un derecho para que reclamara la indemnización directamente al asegurador, era el medio más efectivo para cumplirla. CALZADA CONDE, “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 299.

⁷ En ese sentido CALZADA CONDE entiende que el asegurador debe pagar la indemnización al tercero en virtud del principio indemnizatorio, porque si la finalidad del seguro de responsabilidad civil es preventiva y no indemnizatoria, la mejor manera de cumplir con ella es pagándole. De este modo, se logra proteger al tercero, al mismo tiempo que permanece inalterable la finalidad del seguro, que no es sino la protección del asegurado, por lo que “*el derecho del tercero no es más que un elemento necesario para la adecuada ejecución del contrato, para que se respete el principio indemnizatorio*”, de ahí que la acción directa, en cuanto supone la existencia de un derecho del tercero, no es sino “*el reconocimiento de la verdadera naturaleza del seguro de responsabilidad civil*” “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 29 y pp. 414-416). En términos similares SÁNCHEZ CALERO al analizar la evolución del seguro de responsabilidad civil constata que el riesgo asegurado por este contrato, no es ya la responsabilidad del asegurado, sino la producción del accidente, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1298.

⁸ Todas ellas destinadas a reconocer algún mecanismo como un privilegio de cobro, para que el tercero recibiera finalmente la indemnización debida. HILL PRADOS, “*Reflexiones en torno..*”, *op. cit.*, p. 1731.

⁹ Y ello porque facilitaba la subrogación de la víctima en el derecho que correspondía al asegurado para reclamar el importe de la indemnización en los términos establecidos en el contrato de seguro. CARRO DEL CASTILLO, J.A., “La acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en la Ley del Contrato de Seguro”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, VERDERA y TUELLS, E. (ed.), Cunef, 1982, p. 963. De este modo, en el marco de los seguros obligatorios se afirma que la acción directa constituiría el tercer pilar, junto al establecimiento del patrimonio del asegurador como responsable del daño, y al principio de responsabilidad objetiva que alienta su regulación. SOTO NIETO, F., “*El seguro obligatorio y el seguro voluntario. Diferenciaciones y coincidencias*”, en MINISTERIO DE JUSTICIA, http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344073919?blobheader=application%2Fpdf&blobheadernamel=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1997_1788-1789.pdf&blobheadervalue2=1288778165913 (consultada por última vez el 29 de diciembre de 2014).

¹⁰ Y ello porque el seguro primitivo tendía al reembolso al asegurado de la suma que éste había tenido que pagar al tercero, por lo que el interés que tenía su reclamación para el asegurador se limitaba al de condición necesaria para que tuviera que responder ante su asegurado. CALZADA CONDE, “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 48.

¹¹ Autores como HERNÁNDEZ ARRANZ coinciden que el reconocimiento de la acción directa en nuestro país se produjo por la importación de los arts.1753, 1758 y 1994 del Código Napoleónico Francés que reconocían, en el seno de distintas relaciones jurídicas, el ejercicio por parte del acreedor, de un

después con la LCS, generalizándola a toda modalidad de seguro de responsabilidad civil. Su reconocimiento legal, si bien pondría fin al problema de la naturaleza jurídica del derecho del tercero¹², crearía uno nuevo al tiempo de determinar los límites de su contenido, lo que puede verse claramente de la evolución que siguió la redacción final del art. 76 de la LCS.

En su estadio “embrionario”, la acción directa recogida por el art. 108 del primer Anteproyecto de la Comisión de expertos de 1969 se definía en los siguientes términos: *“el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, dentro de los límites fijados por las normas de aplicación en caso de seguro obligatorio, o por el contrato en caso de seguro voluntario”*.

Se hacía eco así el legislador del camino iniciado por nuestro Tribunal Supremo¹³, que había ido reconociendo la expectativa del tercero¹⁴ de cobro de la indemnización, como un derecho que formaría parte de la cobertura del contrato¹⁵,

derecho propio contra el deudor de su deudor. Esta previsión legal en el ordenamiento francés, no obstante, parece ser que no fue fruto de la voluntad expresa del legislador de crearla como tal categoría jurídica propia, sino de la doctrina, a diferencia de lo que ocurriría en nuestro ordenamiento, que vendría a referirse a ella como la “acción directa” en su afán por distinguirla de otras acciones tales como la acción subrogatoria. La aceptación de este instrumento de protección al tercero y de sus bondades, desde el punto de vista de la justicia y la equidad, motivaría su introducción, ahora sí intencionalmente, en el ordenamiento jurídico francés con la Ley de Seguro Obligatorio de 1930. HERNÁNDEZ ARRANZ, M., *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 2005. p. 31.

¹² Y es que la acción directa no puede encuadrarse en ninguna institución ya conocida, aunque comparta las características de muchas de ellas, lo que ha dado lugar a un sinfín de teorías sobre la naturaleza jurídica de este derecho. Por todos PASQUAU LIAÑO, M., *La acción directa en el derecho español*, Editora General de Derecho SA, Madrid, 1989 y BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción directa ..”, *op. cit.*

¹³ La solidaridad entre los varios responsables de un daño había venido imponiéndose en la jurisprudencia civil como una forma de proteger a la víctima de daño y así, ejemplarizante es la STS 3 de Noviembre 1966 (Rec. 4838), que en términos similares a las STS 4 de Noviembre 1932 (Ar. 1264), y STS 25 Noviembre 1969 (Ar. 5508), ya estimaba que *“la propia virtualidad y vinculación al contrato de seguro confieren a la víctima perfecta legitimación”*. Una buena aproximación al estudio de su evolución se encuentra en PASQUAU LIAÑO, “La acción directa..”, *op.cit.*, pp. 42-47. Ahora bien, una vez reconocida legalmente la acción directa, aunque en su virtud se derive un régimen de responsabilidad solidaria, no por ello hay que olvidar que esto no implica que podamos aplicar el régimen general previsto en el CC, ya que la acción directa tiene el suyo propio previsto en la LCS, y ello para evitar situaciones como las denunciadas por algún autor, en las que *“la confusión entre la garantía que presta el seguro y la que procede de la solidaridad ha llevado a la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo a admitir, casi de forma generalizada la condena solidaria de causante y aseguradora”* GÓMEZ LIGÜERRE, C., *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2010, p. 88.

¹⁴ GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 386.

¹⁵ Y ello, en el bien entendido caso que lleváramos hasta sus últimas consecuencias el hecho de que el seguro de responsabilidad civil tiene una finalidad preventiva, que sólo se cumple de forma efectiva si la reclamación del tercero es atendida en primer lugar por el asegurador. Si consideramos que ese derecho forma parte del que tiene el asegurado a preservar la indemnidad de su patrimonio resulta fácil entender que no se pueda afirmar la plena autonomía de la acción directa del tercero, porque esa acción se concede en virtud del derecho del asegurado de ser liberado de las consecuencias de su responsabilidad. GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 390. Del mismo modo OLIVENCIA cuando hace referencia al seguro de responsabilidad civil como aquél que cubre la deuda de responsabilidad consistente en la reparación del daño y perjuicio. OLIVENCIA RUIZ, M., “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, VERDERA y TUELLS, E. (ed.), Cune, 1982, p. 900.

siendo finalmente la acción directa introducida con la LCS, el mecanismo expresamente previsto por el legislador para su materialización¹⁶. Tal es la importancia de conceder algún mecanismo a la víctima para hacer efectiva su indemnización frente al asegurador que se ha llegado a afirmar¹⁷ que de no existir el art.76 de la LCS, la jurisprudencia encontraría la forma de protegerla de otro modo. Así pues, al tercero se le reconocía legalmente un derecho propio, derecho para cuyo ejercicio la jurisprudencia ya le había reconocido legitimación¹⁸, siempre y cuando existiera un acto ilícito del que fuera responsable el asegurado, y un contrato de seguro que diera cobertura a esa responsabilidad.

Ahora bien, así como la bondad del reconocimiento de este derecho no generaría ninguna duda, no así su contenido y extensión. El Anteproyecto citado limitaba su ejercicio a la previsión legal o contractual, según estuviéramos ante un seguro obligatorio o uno de carácter voluntario. Este mismo criterio se mantendría con el Anteproyecto abreviado de 1970 que le vendría a suceder, si bien con dos cambios importantes; por una parte haciendo responsable al asegurado de su eficaz ejercicio, toda vez que se le imponía la obligación de manifestar la existencia del contrato de seguro y su contenido; y por otra parte, eliminando lo que se consideraba obvio, la referencia a los límites legales, pues resultaba evidente que en el ámbito de los seguros obligatorios el contenido del derecho ejercido por medio de la acción directa venía determinado por su regulación específica. En ambos casos, resultaba claro que el alcance de la pretensión indemnizatoria de la víctima vendría limitado ya fuera por la voluntad de la partes, ya por la voluntad del legislador.

¹⁶ En ese sentido GARRIGUES reconoce que el perjudicado no deja de ser un asegurado indirecto y que la finalidad del contrato no es otra que su indemnidad. Sería la existencia del contrato de seguro lo que haría que el acreedor de la indemnización fuera el asegurado y no el tercero, por lo que resultaría necesario que se previera de forma expresa, ya por medio del contrato o de la ley, la autorización para que el asegurador pagara al tercero, y así “*el fundamento de la acción directa no hay que buscarlo en el mecanismo de derechos y obligaciones, propio del contrato de seguro de responsabilidad civil. Hay que buscarlo en la ley.*”. “El contrato de seguro.”, *op. cit.*, pp.388-389. Igualmente PASQUAU LIAÑO para quien tras la promulgación del art.76 de la LCS la fuente de la obligación del asegurador no es exclusivamente el contrato, sino que es también la ley. “La acción directa.”, *op.cit.*, p. 52. También FONT SERRA apunta que al reconocerse la expectativa que tenía el tercero en el contrato de seguro, al producirse el siniestro ésta se convierte en derecho frente al asegurador. “La oposición del asegurador a la acción directa del artículo 76 de la Ley 50/80, de Contrato de Seguro”, *RGD*, vol.VII, 1990, p. 6311 En cualquier caso coincidimos con VEIGA COPO en que una vez reconocida la acción directa por la ley la distinción entre derecho y acción carece de interés. “La acción directa.”, *op. cit.*, p.85.

¹⁷ OLIVENCIA RUIZ, M., “El seguro de responsabilidad civil y la protección de la víctima. En especial en los daños causados por la gran empresa: La acción directa y las excepciones oponibles”, en VV.AA. *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, SÁNCHEZ CALERO, F., (dir.), Musini, Madrid, 1994, p. 204.

¹⁸ Así el Tribunal Supremo en su STS 4 noviembre 1932 (Ar. 1264) no sólo no negaba al damnificado el derecho a reclamar la indemnización, sino que además reconocía que una vez se le ha producido el daño, se convertía en interesado en un contrato de seguro cuyo objeto era el daño causado por el asegurado y la indemnización por él debida. Este reconocimiento dio pie al establecimiento de una “solidaridad de hecho” derivada del acto dañoso, y calificada como un supuesto de solidaridad impropia, por cuanto “*cuando el riesgo lo constituyen daños a terceros, no pueden ser éstos extraños a contrato., que el damnificado es acreedor de una cantidad indeterminada en la póliza, si bien cierta y a la que tiene derecho, como justa reparación del daño sufrido, por lo que tiene acción para reclamarlo*” (STS 14 octubre de 1969, Ar. 4706).

Ahora bien a partir de este momento, las posteriores adicciones y modificaciones no harían sino complicar una redacción sencilla y transparente, dando lugar al resultado que conocemos actualmente. En primer lugar, se introdujo un derecho hasta ahora no mencionado, el derecho de repetición del asegurador contra el asegurado reservado para aquellos supuestos en que el daño o perjuicio tuviera su origen en su una conducta dolosa. Y en segundo lugar, se eliminaron los límites contractuales al ejercicio de esta acción, invistiéndola de una “presunta” inmunidad, matizada por la admisión como excepciones al pago, de la culpa exclusiva de la víctima y de las excepciones personales que tuviera contra el tercero.

La polémica quedaba servida, y las primeras dudas resultaban claras ¿Qué grado de inmunidad tenía la acción directa?, ¿Cuáles eran las excepciones derivadas de la relación asegurado-asegurador no oponibles? ¿Eran las excepciones oponibles previstas en la ley una lista taxativa o cabía alguna excepción más?, ¿Qué papel jugaba ahora el contrato de seguro frente al tercero? ¿Era la causación dolosa del siniestro un supuesto de excepción oponible?

Como puede observarse del proyecto inicial poco se mantuvo, con ello se iniciaba una andadura interpretativa que en este punto repasaremos brevemente por cuanto su aprobación, a nadie dejó indiferente en su día, llegando incluso a afirmarse por algún autor que con su reconocimiento se había llegado a instituir un criterio objetivo de imputación de responsabilidad civil¹⁹, toda vez que el asegurador tendría que responder en todo caso por la mera existencia de una póliza de RC, resultando así que la generalización a todo seguro de responsabilidad civil, del principio de oponibilidad de excepciones personales previsto para el ámbito del seguro obligatorio de automóviles era del todo inadecuada²⁰.

2. LA ACCIÓN DIRECTA CONFIGURADA POR LA LCS: ¿UNA ACCIÓN INMUNE?

Ya hemos visto anteriormente como el reconocimiento legal de la acción directa restaría interés a la problemática de su naturaleza jurídica por lo que, de lo que se tratará en este punto, es de determinar su régimen jurídico a fin de valorar si la propuesta de reforma mejoraría o no la actual regulación.

El ejercicio de la acción directa, si bien se mueve en los términos determinados por el art.76 de la LCS, requiere como presupuesto previo el despliegue de la cobertura del seguro prevista en el art. 73 de la misma, pues si el contrato no produce efectos, no

¹⁹ Por otra parte bienvenido, en tanto la culpa como criterio de atribución de responsabilidad no cumple con su función preventiva del daño. PANTALEON PRIETO, F., “Notas sobre la nueva Ley del Contrato de Seguro”, en VV.AA., *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, VERDERA y TUELLS, E. (ed.), Cunef, 1982, p. 938. De igual modo YZQUIERDO TOLSADA, M., *Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2003, p. 103, y VEIGA COPO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p.58.

²⁰ SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1418.

ha lugar al derecho a la indemnización por parte del tercero, ni mucho menos al ejercicio de la acción directa²¹.

De aquel artículo se desprende que, en virtud del contrato y en sus términos, el asegurador asumirá el daño por el que deba responder el asegurado, por lo que es obvio que no toda reclamación de un tercero deberá ser atendida por el asegurador, sino sólo aquella que derive de unos hechos previstos en el contrato, y de los que debe hacerse cargo el asegurado como responsable civil. De este modo, el primer límite que encontramos al ejercicio de la acción directa no es otro que los términos de cobertura libremente fijados por las partes en el contrato, que si bien no están presentes en el art.76 de la LCS, deben ser tenidos en cuenta, debiendo admitirse por tanto como excepciones (impropias) al pago oponible por el asegurador, todas aquellas delimitaciones objetivas de cobertura que se refieran tanto a límites cuantitativos, como a hechos no comprendidos en el riesgo asegurado.

Ello se fundamenta en que, si bien es la existencia de un contrato de seguro lo que provoca la intervención del asegurador en una relación que inicialmente sólo incumbía al asegurado y a la víctima, es el despliegue efectivo de su obligación de cobertura, lo que le obliga a atender a la reclamación del tercero, pero conforme a las condiciones que se hayan establecido en el contrato²², y que le son reveladas en virtud de la obligación expresamente prevista para el asegurado de manifestar la existencia del contrato y su contenido.

Por ello podemos distinguir a efectos conceptuales, entre los límites consustanciales al derecho a la indemnización del tercero, que vienen determinados por el contrato²³ -pues recordemos que sin éste no existe obligación de indemnización alguna para el asegurador²⁴- y los límites a su ejercicio, que viene determinados por el carácter más o menos inmune que se otorgue a la acción directa. Mientras los primeros

²¹ A título de ejemplo la STS 14 diciembre 2005 (RJ 2006,63) establece “*Dicha acción nace de la imputación (al asegurado o a la persona de que deba responder) de un hecho culposo y de la Ley, constituyendo el seguro un presupuesto de la acción, en armonía con su finalidad de mantener indemne el patrimonio del asegurado, siempre dentro de los límites de la cobertura pactada, por lo que se transfiere la obligación de indemnizar del asegurado al asegurador*”.

²² De ahí que la delimitación del riesgo en él establecida opere como un límite intrínseco de la acción directa, y no como una excepción en sentido propio. VEIGA COPO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 250. Además de la literalidad del precepto sólo se desprende la inoponibilidad de las excepciones personales, por lo que si el legislador hubiera querido que también lo fueran las derivadas del contrato, así lo habría previsto. CARRO DEL CASTILLO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 970.

²³ Así la STS 8 marzo 2007 (RJ 2007, 1527) que entre otras establece “*es cierto que dicha norma (art.76 LCS) señala que «la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado», pero tal previsión no puede extenderse a la propia definición del riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, elementos que por integrar el marco en que se desenvuelve el aseguramiento y, por tanto, resultar determinantes para la fijación de la prima del seguro, lo son también para el establecimiento del límite de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, sin que pueda deducirse que dicha obligación respecto del tercero pueda exceder de los propios límites del seguro concertado pues en tal caso se estaría rebasando la propia definición del contrato de seguro contenida en el artículo 1º de la Ley cuando señala que la obligación de la aseguradora a indemnizar lo será «dentro de los límites pactados» y se llegaría a la conclusión inadmisibles de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada*”.

²⁴ Y así VEIGA COPO para quien la acción directa se ve constreñida por la relación de seguro, no porque el tercero sea parte de la misma, sino porque determina la relación de resarcimiento del asegurador, y ello por cuanto la acción directa sería el medio del que se sirve el derecho que ostenta el tercero para exigir la indemnización al asegurador. “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 67 y p. 218.

dependen exclusivamente de las partes que intervienen en el contrato de seguro, puesto que ellas son libres de establecer la cobertura que estimen conveniente, los segundos se someten directamente a criterios de justicia que decide el legislador, al dotar de mayor o menor inmunidad a la acción directa.

Esta es precisamente la idea que quería recoger la Comisión de 1969 cuando reconocía el ejercicio de la acción directa dentro de los límites del contrato, pues si bien es cierto que con este seguro se procura la indemnidad del tercero, no lo es menos que ésta no puede rebasar la voluntad de quien ha suscrito voluntariamente el seguro para que se responda en su lugar. Por su parte, art. 582-47 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, como ya hizo al abandonado Anteproyecto de LCS de abril de 2011, recoge la misma idea que suscribía aquella Comisión al establecer que el perjudicado tendrá acción directa para exigir la indemnización “*hasta el límite de la suma asegurada y conforme a lo previsto en el contrato de seguro*”. Resulta un acierto consolidar lo que ya era una realidad de hecho, y es que el asegurador en ningún caso debe responder frente al tercero por más de lo que se haya comprometido contractualmente con su asegurado, toda vez que su obligación, aun de carácter solidario, no es equiparable a la de éste, pues su contenido en el primer caso depende de la voluntad contractual²⁵, mientras que en el segundo, viene determinado directamente por el régimen de responsabilidad fijado por la ley.

Una vez el contrato se activa y el tercero, en virtud de ley, tiene derecho a exigir la indemnización al asegurador, es cuando nos planteamos cómo se hace efectivo, que no es de otra manera que a través de la acción directa articulada por la ley²⁶, siendo el régimen de excepciones lo que va a determinar su eficacia²⁷, y aquí es donde aparecen los problemas interpretativos.

El art. 76 de la LCS contiene una declaración de intenciones²⁸ que parecía no dejar lugar a dudas, “*La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado*”, con esta expresión el legislador confería una doble protección al tercero, puesto que no sólo se le reconocía un derecho propio que legalmente no tenía²⁹, sino que además se aseguraba su autonomía, inmunizándolo frente a la relación contractual entre asegurado y asegurador, de tal manera que las excepciones que le correspondieran al asegurador frente a aquél

²⁵ Así OLIVENCIA RUIZ reconoce que el régimen de la obligación del asegurador viene definido por el contenido del contrato. “Seguros de caución..”, *op. cit.*, p. 907.

²⁶ Aunque autores como CALZADA CONDE consideren que su fuente es el contrato. “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 301.

²⁷ VEIGA COPO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 2010. En el mismo sentido PASQUAU LIAÑO cuando afirma que es el régimen de excepciones diseñado por el art.76 de la LCS lo que otorga una especial garantía a esta acción directa frente a otras reconocidas en nuestro ordenamiento, y que por tanto la hace calificable como excepcional. “La acción directa..”, *op.cit.*, p. 53.

²⁸ La declaración de inoponibilidad de las excepciones derivadas de la relación entre asegurador y asegurado tiene su sentido en el seguro obligatorio, pero lo pierde cuando la acción directa se generaliza a todo seguro de responsabilidad civil. SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1418.

²⁹ Si bien con carácter previo la jurisprudencia ya manifestaba una tendencia hacia la protección del tercero. BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción directa ..”, *op. cit.*, p. 62. SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1400.

decaerían cuando quisieran hacerse valer frente al tercero³⁰. Esa previsión cobraba aún más sentido si se tiene en cuenta, como hemos dicho anteriormente, que es el contrato de seguro el que determina el alcance del derecho a la indemnización del tercero, por lo que puede adivinarse que el legislador quiso dejar clara una autonomía que de facto no caracterizaría al derecho del tercero³¹ y que tiene su máxima expresión en la inoponibilidad de la causación dolosa del siniestro.

Ahora bien, la inmunidad reconocida inicialmente se vería puntualizada por el párrafo siguiente según el cual: “*El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste*”.

Esta segunda parte del articulado, que introduciría al parecer un régimen de excepciones que sí se admitirían frente al tercero, es el que llevó a la discusión interpretativa sobre el alcance de la inmunidad de la acción directa, ya que si bien parecía que se limitaba a las relación personal entre asegurador y asegurado, como quiera que de forma expresa sólo se preveían dos excepciones, la inmunidad tendría de facto una extensión más amplia, lo que llevó a la doctrina a catalogar las excepciones en función de su oponibilidad, distinguiendo donde el legislador no lo había hecho.

Sin avanzar acontecimientos, analicemos en primer lugar en qué medida ese supuesto régimen de excepciones alteraría la pretendida inmunidad de la acción directa. En primer lugar, la oposición de la culpa exclusiva de la víctima no sería en puridad una excepción³² al pago, sino la causa de la inexistencia de la obligación de indemnizar del asegurador, ya que si es la víctima la causante exclusiva del daño, no existe responsabilidad civil del asegurado y sin ella, no se despliegan los efectos del contrato de seguro, ni nace el derecho que la acción directa sustenta.

Por el contrario, la referencia a “*las excepciones personales que tuviera el asegurador frente al tercero*”, sí puede considerarse un régimen de auténticas excepciones, pero que tampoco alterarían la inmunidad de la acción directa, ya que ésta se predica respecto de la relación entre asegurado y asegurador, por lo que no le restarían autonomía propia, ya que van referidas a una relación distinta creada precisamente por la concesión de la acción directa.

Entonces, ¿significa esto que el derecho del tercero no tiene límites?, si partimos del hecho incontestable de que este derecho no existiría de no haber previamente un contrato de seguro ¿qué efectos ha de tener el contrato frente al tercero una vez rebasados los límites de la relatividad contractual³³? ¿Cómo puede hacerse valer su contenido si en el fondo la acción directa no existiría de no ser por el contrato³⁴?

³⁰ Y ello es así sobre todo si se considera que el derecho del tercero nace de la ley y por tanto no es disponible por las partes, siendo además su inmunidad respecto a la relación entre asegurador y asegurado, una de las características que la difieren de la acción subrogatoria VEIGA COPO, “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 86 y p. 209.

³¹ GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 390.

³² Y ello porque para hablar de excepción procesal se requiere la eficacia del derecho cuyo ejercicio se excepciona, y este caso el derecho del tercero no llega ni a nacer, ya que al no haber imputación de responsabilidad civil al asegurado, nada puede reclamarse al asegurador.

³³ Así PASQUAU considera que la acción directa permite superar el rigor del principio de relatividad contractual. PASQUAU LIAÑO, “La acción directa..”, *op.cit.*, p. 117.

³⁴ Máxime cuando ha de reconocerse que la aceptación de la acción directa no implica una modificación de la esencia del contrato de seguro de responsabilidad civil. BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción

La inmunidad de la que ha investido nuestro legislador a la acción directa, y que caracteriza a esta acción frente a otras, no deja lugar a dudas, el contrato sirve de base no sólo para determinar si el tercero tiene o no derecho a la indemnización, sino también para fijar su contenido, ahora bien su régimen jurídico, y en especial las obligaciones que de él dimanar para el asegurado, no deben condicionarlo porque así lo establece la ley, por lo que las consecuencias que comporte cualquier incumplimiento contractual por parte del asegurado, como quiera que pertenecen a la esfera estrictamente personal de la relación entre éste y el asegurador, no pueden hacerse recaer sobre el tercero, son inoponibles, siendo ésta la verdadera inmunidad constituida por la ley.

Por el contrario, resultarán oponibles al tercero todas aquellas circunstancias que puedan calificarse como hechos impeditivos que impiden, no ya el ejercicio de la acción directa, sino el derecho a reclamar la indemnización al asegurador, bien porque afectan al despliegue de los efectos del contrato de seguro³⁵, bien porque constituyen los límites a su cobertura. Igualmente restarán eficacia a la reclamación del tercero tanto aquellos hechos posteriores que comportan la extinción de su derecho, como aquéllos que la excluyen.

Por el contrario, y por expresa disposición legal, la inmunidad de la acción directa se constreñirá a todas aquellas vicisitudes que afectan a la relación interna de la solidaridad entre asegurado y asegurador, y al dolo del asegurado.

3. EL ANTEPROYECTO DE MAYO DE 2014: ¿UNA NUEVA ACCIÓN DIRECTA?

Una vez analizado el largo camino seguido para configurar el régimen de inmunidad de la acción directa y sobre todo el catálogo de excepciones a la reclamación indemnizatoria del tercero, llegamos al momento en que debemos evaluar en qué medida el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil va a implicar un cambio de régimen, por lo que avancemos unas primeras observaciones sobre la nueva redacción.

directa ..”, *op. cit.*, p. 44. De ahí precisamente que la jurisprudencia haya reconocido límites en el contenido del derecho del tercero, atendiendo a que éste no puede estar en mejor posición que el asegurado. En este sentido la STS 4 abril 1990 (RJ 1990, 3055) establece que “la dimensión de los derechos del perjudicado y de sus herederos, no puede ser superior a la de los del asegurado contratante o tomador del seguro, pues no es plausible, ni lógico, que los términos contractuales, pactados entre asegurador y asegurado, se expandan y ensanchen cuando sea, el beneficiario o beneficiarios del contrato, quienes ejerzan la acción directa contra el asegurador, de tal modo que lo que tuvo unas características y un condicionamiento concretos en el momento de celebrar el contrato adquiera un matiz agravatorio para el asegurado; cuando sean, el perjudicado o sus herederos, quienes reclamen directamente contra el asegurador, el cual queda obligado, en los mismos términos respecto al asegurado que en lo que atañe a los terceros perjudicados o a sus herederos”. De hecho, autores como CARRO DEL CASTILLO reconocen que siendo el seguro de responsabilidad civil un contrato con estipulación a favor de tercero, la relación jurídica entre asegurador y víctima deriva del contrato y éste es el que debe determinar su contenido. “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 966.

³⁵ Y ello pese a que la dicción legal podía llegar a implicar que las excepciones oponibles por el asegurador se limitaran a las previstas por la ley, así GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 390.

En primer lugar, llama poderosamente la atención el hecho de que se omite la referencia a la “inmunidad” de la acción directa que tantos problemas interpretativos hemos visto que había generado, por lo que si bien el derecho del tercero permanece inalterado, no así su carácter, o lo que es lo mismo, sigue gozando de autonomía pero no de inmunidad, de tal modo que la primera cuestión a plantearnos no puede ser otra que analizar los efectos de esta omisión.

En segundo lugar, y en consonancia con el abandono de la declaración que reforzaba el derecho del tercero, se establecen dos tipos de límites al ejercicio de la acción directa. Por una parte, incluyendo de forma expresa el contenido del contrato de seguro como marco de la pretensión indemnizatoria, en tanto literalmente se establece que ésta deba conformarse con lo previsto en aquél y hasta el límite de la suma asegurada, y por otra parte, recogiendo el catálogo de excepciones oponibles al tercero perjudicado por el asegurador, limitadas al régimen de responsabilidad del causante del daño y al contrato de seguro. Como puede adivinarse, el cambio operado es importante y plantea algunos interrogantes, no ya sólo sobre su acierto, sino también sobre su extensión, habida cuenta que no queda resuelta la cuestión de si estamos ante un sistema de *numerus clausus*, o de qué hay que entender con la referencia a excepciones derivadas del contrato de seguro.

En tercer lugar, se introduce la posibilidad de acumular en un mismo proceso la acción de responsabilidad civil contra el asegurado y la acción directa contra el asegurador, toda vez que ambas acciones tienen el mismo fundamento, como es el hecho dañoso frente al cual aparecen como deudores solidarios asegurador y asegurado. Resulta indudable avanzar que esta previsión legal no hace sino plasmar en la norma lo que viene siendo la práctica habitual, que el asegurador llame al proceso al asegurado.

Por último, de los términos actuales que regulan la acción directa sólo se mantienen, el derecho de repetición limitado a los supuestos en que el daño derive de una actuación dolosa del asegurado, y la obligación de manifestar la existencia del contrato y su contenido.

Analicemos en primer lugar las implicaciones que tendría el abandono del régimen de inmunidad de la acción directa. Como ya hemos visto anteriormente, que llegara a dotarse algún mecanismo para que el tercero pudiera dirigir directamente su pretensión contra el asegurador era cuestión de tiempo. El legislador español optó por la acción directa, lo cual per se, ya denotaba su voluntad de proteger al máximo al tercero, pero además la inmunizó y lo hizo porque la inoponibilidad de las excepciones personales no es una característica natural de la acción directa, sino una excepción³⁶.

Y es que efectivamente, parece ser que es la declaración de inmunidad³⁷ lo que refuerza la independencia del derecho del tercero respecto de la relación entre asegurado-asegurador, por lo que inmunizando el derecho a la indemnización del tercero, el legislador llevaría a su máxima expresión la indisponibilidad de aquel

³⁶ PASQUAU LIAÑO, “La acción directa..”, *op.cit.*, p. 91. En el mismo sentido GÓMEZ LEGUIRRE, C. reconoce que el art.76 marca la diferencia respecto del régimen de solidaridad pasiva, al declarar la inmunidad de la víctima frente a excepciones personales. “Seguro de RC y condena solidaria de compañía y asegurado”, *RES*, nº 137, 2009, p. 31.

³⁷ Así SÁNCHEZ CALERO reconoce que la inmunidad nace del reconocimiento legal. “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1435.

crédito. Ahora bien, una vez eliminada la referencia legal a la inmunidad ¿se puede seguir sosteniendo esa autonomía? Para analizar esta cuestión no nos queda sino acudir al fundamento mismo sobre el que se erige el derecho del tercero y a la institución que lo reconoce.

En primer lugar, si consideramos como ya hemos sostenido anteriormente, que el derecho del tercero nace con ocasión del hecho ilícito y de la existencia de un contrato de seguro, la respuesta a aquella pregunta no puede ser sino afirmativa. De tal manera que sólo aquellas excepciones que impiden el nacimiento de la responsabilidad del asegurado (culpa exclusiva de la víctima, caso fortuito o fuerza mayor), y aquellas que afectan a la obligación del asegurador (exclusiones y delimitaciones objetivas de cobertura, suma asegurada, prescripción, pago o compensación) le serían oponibles. Pretender la ineficacia del derecho del tercero sobre circunstancias que no se refieren ni al ilícito, ni a la obligación del asegurador, como serían las penalizaciones previstas para el incumplimiento de las obligaciones exigidas al asegurado, sólo puede tener efecto frente a éste, siendo inoponibles al tercero.

Esta distinción encuentra su razón de ser, en que el derecho a la indemnización reconocido al tercero no es un efecto del contrato, sino del hecho ilícito y de la ley que le otorga la acción directa, lo que no obsta a afirmar que debe atenderse al contrato para conocer el alcance de la obligación del asegurador, pues son bajo sus términos, que el asegurador ha aceptado cubrir las reclamaciones de responsabilidad del asegurado, por lo que en ese sentido podría asimilarse la acción del tercero a una acción de cumplimiento del contrato³⁸. Por tanto, aunque la ley ya no se refiere a la inmunidad de la acción directa, como esta acción no tiene su base en el contrato, no puede considerarse su incumplimiento por el asegurado como argumento para negar la indemnización, porque ello equivaldría a hacer recaer los efectos del contrato en un sujeto que no es parte de él³⁹, haciendo que el reconocimiento de la acción directa como derecho propio quedara en papel mojado.

Al margen quedaría, por no ser una excepción sino un presupuesto para que opere la subrogación del asegurador, la existencia del contrato de seguro y su vigencia, pues es obvio que sin contrato no opera la acción directa.

No difiere esta conclusión si buscamos el argumento en el hecho de que ha sido la ley quien, con el reconocimiento de la acción directa, ha dotado al tercero de un derecho que antes no tenía, pues aunque es evidente que la ausencia de inmunidad abriría una nueva interpretación a las excepciones derivadas de la relación entre asegurador y asegurado, la misma no puede llevarnos a modificar el criterio cuando se trata de valorar cómo le ha de afectar el incumplimiento de los deberes por parte del asegurado.

Y así, si bien debe concluirse que con el nuevo redactado, resultarían oponibles aquellas circunstancias que, con anterioridad a la reclamación del tercero, eximieran al

³⁸ Con esa calificación se explicaría porque son oponibles las condiciones del contrato y no las perturbaciones que sobre éste causa la conducta del asegurado. BASOZABAL ARRUE, X, “El artículo 76 LCS: una invitación a legislar”, *RES*, nº 113-114, 2003, pp. 87-115.

³⁹ IRIARTE ÁNGEL, J.J. y CASADO ABARQUERO, M., *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2013, p.21.

asegurador del cumplimiento de su obligación frente al asegurado, puesto que así se deriva del régimen general de toda acción directa⁴⁰, ello no implica su extensión a las que surjan una vez se despliega la cobertura del contrato, cuando el tercero ejerce la acción directa.

Con la nueva proyección legal, lo que pretende el legislador es establecer de forma inequívoca que el contrato determina el contenido de la obligación del asegurador, no que el tercero pase de ostentar un derecho propio⁴¹ a otro subrogado, que le haga deudor de una relación que incumbe exclusivamente a asegurador y a asegurado. Admitir lo contrario supondría privar a la acción directa de uno de sus efectos como es, el de conservar el crédito que ostenta el deudor (asegurado) con su subdeudor (asegurador), impidiendo que éste pueda oponer excepciones al pago nacidas con posterioridad a su crédito.

El hecho de que el anteproyecto ya no hable de inmunidad, y de que expresamente se acepten como excepciones, las derivadas del contrato de seguro⁴², parece dejar claro que el nuevo régimen de la acción directa debe pasar por considerar como oponibles al tercero los mismos hechos impositivos que operarían frente al asegurado y que estuvieran presentes al tiempo de producirse el hecho dañoso, tales como la nulidad del contrato, su rescisión, la improcedencia de pago por impago de la prima o la existencia de cláusulas limitativas⁴³, puesto que su concurrencia hace que decaiga uno de los presupuestos para el ejercicio de la acción directa, como es que exista una relación obligacional entre asegurador y asegurado.

Del mismo modo, deberán aceptarse como tales aquellas exclusiones de cobertura contractual basadas en la conducta del asegurado⁴⁴, puesto que afectan a los términos de cobertura de la misma manera que las conocidas como delimitaciones objetivas, si bien con la salvedad de la *exceptio doli* que trataremos a continuación.

La segunda gran modificación que operaría bajo el auspicio del Anteproyecto son los límites al ejercicio de la acción directa que vienen configurados, tanto por el marco en el que se reconoce la obligación del asegurador, como por el régimen de excepciones oponibles. En el primer caso, en tanto la ley establece que el asegurador se convierte en deudor solidario en virtud de la acción directa, resulta evidente que su obligación no es otra que la cobertura pactada en el seguro de responsabilidad civil, por

⁴⁰ PASQUAU LIAÑO, “La acción directa..”, *op.cit.*, p.91. Hay que tener en cuenta que es precisamente el régimen de inmunidad instituido por el art.76 de la LCS el que impide oponer estas excepciones. SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1435. Así también CALZADA CONDE admite la oponibilidad de los incumplimientos del asegurado anteriores al hecho dañoso. “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 406.

⁴¹ Y por ello se predica la eficacia de la acción directa incluso en los supuestos de causación dolosa del siniestro, lo que refuerza la idea de que estamos ante un derecho propio y no ante una extensión de los derechos derivados del contrato de seguro. GOMEZ LIGÜERRE, *Solidaridad impropia y seguro de responsabilidad civil*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2010, p. 107.

⁴² Con ello la legislación española se situaría en plano de igualdad con lo previsto por otros ordenamientos en los que no cabe duda de la oponibilidad de las excepciones derivadas del contrato de seguro. HILL, “Reflexiones en torno ..”, *op. cit.*, pp. 1744-1747.

⁴³ En este sentido FONT SERRA, “La oposición del asegurador..”, *op. cit.*, pp. 6326-6330.

⁴⁴ Así VEIGA pone de manifiesto, como del análisis de la jurisprudencia, se desprende que el problema que plantea la oponibilidad de este tipo de excepciones no resulta de la ley, sino de cuestiones procedimentales tales como si se cumplieron los términos exigidos por el art.3 de la LCS en materia de cláusulas limitativas. “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 277.

lo que no debe resultar extraño que sea dicho pacto⁴⁵ el que establezca su alcance, tanto por lo que respecta a su cuantía, que en ningún caso ha de rebasar la suma asegurada, como por lo que respecta a su contenido, de tal suerte que como ya afirmamos anteriormente, se constata legalmente lo que por naturaleza deben ser los contornos del derecho que ostenta el tercero frente al asegurador⁴⁶.

En segundo lugar, al referirse el Anteproyecto a las excepciones que puede oponer el asegurador frente a la reclamación del tercero, vemos como de nuevo se recoge la idea de que es el contrato el que la determina, en tanto puede ser utilizado como medio de oposición cuando la pretensión indemnizatoria se aparte de sus márgenes, pero además, como quiera que la responsabilidad del asegurador no sería tal de no existir la del asegurado, todas aquellas circunstancias que afecten a su régimen de responsabilidad, que comprende no sólo el criterio de imputación, sino también el hecho ilícito, el daño y el nexo de causalidad, podrán ser utilizadas para exonerarse del pago⁴⁷. Ciertamente es que en este último punto observamos cierto exceso de celo por parte del legislador, puesto que ¿no resulta obvio que si no hay responsabilidad del asegurado no la hay del asegurador? Por lo visto se ha preferido incluirlo de forma expresa que tenerlo que deducir del contrato del seguro, no fuera que de nuevo el precepto tuviera que pechar con la crítica de establecer un criterio autónomo de atribución de responsabilidad⁴⁸.

Esta nueva forma de abordar el delicado tema de los límites de la acción directa no puede ser sino alabado, no ya sólo porque devuelve esta institución a los márgenes de los que no debería haber salido, como es facilitar la indemnización de la víctima pero de conformidad con lo pactado en el contrato de seguro, que para eso es voluntario, sino además por no limitar como hace la vigente LCS aquellas excepciones que tienen su base en el hecho ilícito, al supuesto de culpa exclusiva de la víctima.

De este modo, será el régimen de responsabilidad del asegurado y el contenido del contrato de seguro, los que determinarán los límites del derecho del tercero, y por tanto las excepciones al pago oponibles por el asegurador, por lo que casi tres décadas después nos volvemos a encontrar en el punto de partida de aquel Anteproyecto de 1969

⁴⁵ La aceptación de esta premisa implica poder analizar el alcance de la acción directa bajo el prisma de su naturaleza de acción indemnizatoria, lo que permite plantearnos de nuevo el efecto que tiene el contrato para el tercero, atendiendo al hecho de que es precisamente por la existencia del contrato que el asegurador responde de una deuda que es de su asegurado. BASOZABAL ARRUE, “El artículo 76 LCS..”, *op. cit.*, p.93.

⁴⁶ En este sentido, PASQUAU LIAÑO al afirmar que en tanto la acción directa es una garantía del crédito, comporta un carácter accesorio respecto de él. Si el asegurador responde ante el tercero como lo haría frente a su asegurado, resulta obvio que su obligación en aquel caso no puede ser distinta en éste. “La acción directa..”, *op.cit.*, p. 85. Del mismo modo, reconocer la oponibilidad de las excepciones basadas en el contrato, no es sino aplicar al seguro la regla de la oponibilidad de las excepciones prevista con carácter general por el art. 1148 del CC, y en este caso resulta obvio que la naturaleza de la obligación del asegurador viene determinada por el contrato de seguro.

⁴⁷ Recoge por tanto el legislador los límites que la jurisprudencia ha venido manteniendo al ejercicio de la acción directa, y así la STS 12 noviembre 2013 (RJ 2013,7865) “La autonomía del derecho del perjudicado tiene marcados sus límites por la Ley y por el propio contrato de seguro. El derecho del perjudicado debe estar dentro de la cobertura o delimitación del contrato de seguro”. La cobertura viene dada por el contrato de seguro y la ley a que se refiere no puede ser otra que la que contempla el régimen de responsabilidad civil.

⁴⁸ Vid nota 4.

“el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, dentro de los límites fijados por .. el contrato en caso de seguro voluntario”, del que no nos deberíamos haber alejado.

Una importante novedad que incorpora el Anteproyecto y que recoge, aunque no en todos sus extremos, lo que para algunos autores era una necesidad⁴⁹, es la posibilidad de ejercitar en un mismo proceso la acción derivada de la responsabilidad civil del asegurado y la acción directa contra el asegurador. No cabe duda que el establecimiento de un litisconsorcio pasivo facultativo reporta innumerables ventajas, siendo la más destacable el hecho de que la declaración de responsabilidad frente al hecho ilícito, y en consecuencia las obligaciones que de la misma dimanen tanto para asegurador y como para asegurado, se ventilan en un mismo proceso.

Interesa aquí destacar que el Anteproyecto haya abandonado la redacción inicial del PCM que exigía la declaración de responsabilidad del asegurado previa a la condena del asegurador⁵⁰ por cuanto, si de lo que se trata es de facilitar la indemnización de la víctima, basta con habilitar el ejercicio acumulado de acciones, sin tener que supeditar la una a la otra⁵¹, por cuanto los límites a la acción directa, ya constituyen garantía suficiente de que no habrá responsabilidad del asegurador sin que la haya de su asegurado.

Mantener una posición como la del PCM, no sólo iría en perjuicio de la víctima cuyo derecho propio⁵² en realidad estaría supeditado a un proceso anterior de condena del asegurado, sino que además sería contrario a los efectos de la solidaridad entre asegurador y asegurado derivados del art. 1144 del CC, por lo que optar por un solución intermedia, entre la intervención actual y la exigencia del litisconsorcio pasivo, abogando por que sea el perjudicado quien opte por demandar o no conjuntamente, parece la opción más eficiente para satisfacer a todos los intereses implicados.

Finalmente, llegamos a los dos extremos que no han sido objeto de modificación alguna. Por una parte, el mantenimiento del deber de manifestar la existencia del

⁴⁹ Así SÁNCHEZ CALERO se planteaba la conveniencia de legislar la necesidad de demandar conjuntamente a asegurado y asegurador, aún con algunas excepciones. “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1444. También BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción directa ..”, *op. cit.*, p. 134. Algunos incluso lo convierten en exigencia CALZADA CONDE, “El seguro voluntario..”, *op. cit.*, p. 393. Otros apuntan tan sólo a las ventajas que ello supondría GARRIGUES, J., “El contrato de seguro..”, *op. cit.*, p. 391.

⁵⁰ Con ello se estaría cambiando totalmente la visión tradicional que se ha tenido en este tema incluso antes del reconocimiento de la acción directa, y que es la que ha permitido que la víctima puede dirigirse simultáneamente contra ambos como deudores solidarios, pero sin la carga de demandarlos al mismo tiempo (STS 4 noviembre 1932, Ar. 1264), ello sin embargo, no obsta a que la condena del asegurador exija siempre la previa declaración de responsabilidad civil del asegurado, pues sin ella el seguro no acciona su cobertura. Entre otras la STS 17 mayo 2001(RJ 2001, 6222).

⁵¹ “Con ello se pretendía evitar que la acción directa fuera una acción autónoma de la responsabilidad civil del asegurador, convirtiéndolo en una suerte de mecanismo indemnizatorio abstracto y así se otorgaba la facilidad procesal de poder ejercitar ambas acciones en el mismo proceso” TAPIA HERMIDA, A.J., “El proceso de reforma del régimen del seguro de responsabilidad civil: desde la vigente Ley del Contrato de Seguro hasta el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. La delimitación objetiva de la cobertura ante la nueva regulación de las condiciones generales y las cláusulas limitativas”, *RES*, nº 158, 2014, pp.143-160.

⁵² Esta exigencia supondría negar las ventajas de la acción directa. GOMEZ LIGÜERRE, “Seguro de RC y condena..”, *op. cit.*, p. 35.

contrato y su contenido, deber que adquiere mayor sentido si se quiere con la nueva regulación, habida cuenta de que la ley admite sin duda que aquél constituye la base de la obligación del asegurador, por lo que si ya era necesario conocer su extensión para determinar el alcance del derecho del tercero, ahora lo es más para saber si proceden o no las excepciones a su ejercicio.

Por lo que respecta al dolo del asegurado y al derecho de repetición del asegurador, derecho que por cierto desaparecía en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de abril de 2011 y en el PCM, representa la paradoja de formar parte de las excepciones inoponibles al tercero, siendo como es el dolo un riesgo no asegurable por prescripción legal (art.19 de la LCS). Esa situación deriva del hecho de que se considera que estamos ante una excepción subjetiva⁵³, frente a la que el tercero es inmune por prescripción legal, más como con ello no se salva el principio de inasegurabilidad del dolo, no ha habido más que reconocer un derecho de repetición como contrapeso al régimen de inmunidad⁵⁴ de la acción directa.

Ahora bien, desaparecida dicha la inmunidad, ¿en qué términos debemos interpretar este derecho? Que la ley ya no se refiera a la expresa inoponibilidad de las excepciones personales que tenga el asegurador contra el asegurado, y que admita el contrato de seguro como base sobre la que edificar la obligación del asegurador, nos debe llevar a pensar que con la nueva redacción, el asegurador no sólo quedará exonerado de pago en los casos en que se haya declarado que el daño trae causa en una conducta dolosa del asegurado⁵⁵, sino también en aquellos otros en los que el dolo esté excluido expresamente del ámbito de cobertura del contrato⁵⁶, por lo que el derecho de repetición a que se refiere el Anteproyecto ha de entenderse como aquél que opera

⁵³ OLIVENCIA, “Seguros de caución..”, *op. cit.*, p. 908.

⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p. 1137.

⁵⁵ En este sentido es paradigmático el voto particular de Excmo. Sr. don Francisco Soto Nieto, al que se adhiere el Excmo. Sr. don José Luis Manzanares Samaniego en la STS 29 mayo 1997 (RJ 1997,3637) que con razón mantiene que “*Ni doctrinal ni legalmente se ha sostenido que merced a la instauración del Seguro de Suscripción Obligatoria se trate de amparar a las víctimas frente al riesgo generado por la circulación de vehículos de motor, dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o un ilícito penal, sea culposo o doloso. El daño originado de propósito -dolo directo de resultado-, de tipificación penal y objeto de sanción en sentencia firme de este orden jurisdiccional, se halla extramuros de la construcción legal del Seguro Obligatorio*”. ¿Si el dolo no debería ser objeto de cobertura en el seguro obligatorio porque habría de serlo en el voluntario?, y así “*Si el legislador hubiese querido instaurar tan novedoso y revolucionario régimen de cobertura de los daños dolosamente originados, aun de la forma que se propugna, lo hubiese hecho con absoluta explicitéz y no dejándola a una suerte de interpretación adivinativa partiendo de la incorporación del aludido derecho de repetición*”.

⁵⁶ Así el Tribunal Supremo en su STS 15 julio 1993 (RJ 1993,5806) ya reconocía que “*la exención de la cobertura del riesgo en los supuestos de conducción en estado de embriaguez es admitida por la jurisprudencia y buena parte de la doctrina, pero con la condición de que la cláusula que la contenga haya sido aceptada y firmada por el tomador del seguro, bien en la póliza o en documento complementario lo entiende parte de la jurisprudencia en el ámbito del seguro voluntario de automóvil*”. En esa línea, si como afirma la SAP Madrid 26 enero 2010 (AC 2010,359) “*La exclusión de la cobertura del seguro de los siniestros ocasionados o padecidos por el asegurado conduciendo un vehículo de motor en situación de exceso de alcoholemia no puede aceptarse, aun reconociendo la gran relevancia de la función social del seguro, y aunque se considere necesaria su introducción en virtud de políticas de prevención o de otra índole, si no es objeto de una previsión específica en la norma*”, ¿Por qué no aceptar la exclusión del dolo en el seguro voluntario cuando se admite la oposición de excepciones derivadas del contrato de seguro?.

cuando, tras el pago de la indemnización por parte de asegurador, se evidencia que el daño fue causado dolosamente por el asegurado, circunstancia que de haber sido conocida con anterioridad, lo habría evitado.

Otro tanto puede reconocerse en los supuestos en que por incumplimiento de sus deberes, el asegurado no puede beneficiarse del contrato, pero que por ser aquél un hecho posterior al siniestro (el daño al tercero) resulta inoponible a la víctima⁵⁷, pues en estos casos, el fin de evitar un enriquecimiento injustificado del asegurado, que ve cómo el tercero puede llegar a renunciar a su reclamación contra él por haber sido satisfecho por el asegurador, obliga a resarcir al asegurador que por contrato no debería haber asumido el pago.

Esta interpretación del derecho de repetición no sólo es más acorde con los principios de la institución del seguro, uno de los cuales es la aleatoriedad del riesgo, que obviamente no concurre si el siniestro se causa de forma dolosa, sino también con la nueva interpretación de los límites al ejercicio de la acción directa, uno de los cuales no es sino el contrato de seguro⁵⁸. Mantener el derecho de repetición en los mismos términos que el art.76 de la LCS no sólo iría en contra del propio régimen de excepciones previsto por el Anteproyecto, sino que podría servir de fundamento para su reducción, habida cuenta que ante el pago indebido siempre se contaría con un derecho de reembolso por parte del asegurador, quizás por ello este derecho no se contemplaba ni en el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de abril de 2011, ni en el PCM.

En conclusión, podemos afirmar que el Anteproyecto de Código Mercantil de mayo de 2014 mejora con creces la regulación actual de la acción directa en los seguros de responsabilidad civil voluntarios por varios motivos. En primer lugar, configura unos límites claros a su ejercicio, congruentes con la propia finalidad de protección del tercero de la acción directa, como son el contrato de seguro y el hecho dañoso que es objeto de cobertura. Además, mantiene un grado de autonomía acorde con su calidad de derecho propio, de manera que si bien la acción directa ya no es inmune (de hecho de forma absoluta nunca lo había sido), ello no implica que ahora dependa totalmente de la fortuna de la relación entre asegurado y asegurador, sino que las vicisitudes de la misma, sólo le afectarán en la medida que afecten a la vigencia del contrato de seguro con anterioridad a la producción del siniestro, por lo que una vez acontecido, la indisponibilidad del crédito del tercero, característico de toda acción directa, impide su oponibilidad.

La posibilidad de acumular en un mismo proceso las reclamaciones correspondientes contra asegurador y asegurado, en tanto dimanen de un mismo hecho, la responsabilidad del asegurado, resulta más que conveniente, sin llegar como hace acertadamente el Anteproyecto, a exigir ni la previa declaración de responsabilidad del asegurado, que por otra parte existirá necesariamente porque es un presupuesto de la

⁵⁷ Sin duda esta nueva interpretación del derecho de repetición debe llevar a replantearnos los supuestos en que es reconocido, puesto que existe una inmediata dependencia entre la inoponibilidad de excepciones y éste. BAILLO Y MORALES-ARCE, “La acción directa..”, *op. cit.*, p. 62. SÁNCHEZ CALERO, “Ley de Contrato ..”, *op. cit.*, p.237.

⁵⁸ En este sentido YZQUIERDO TOLSADA, M., *Las peripecias del asegurador de automóviles en el proceso penal*, Fundación Mapfre Estudios, Madrid, 2003, p.131.

acción directa, ni a exigirla, puesto que la solidaridad que dimana de la acción directa no lo hace.

Por último advertir que si bien la regulación del derecho de repetición queda a priori en los mismos términos que el art.76 de la LCS, debemos abogar por una interpretación como la propuesta, respetuosa con la oponibilidad del contrato y con los principios del seguro, para así asegurar que su reconocimiento no contradirá la nueva regulación.